

判例評釈

〔行政判例研究〕

早稲田行政法研究会

8 タクシー運賃認可却下処分をめぐる取消判決の拘束力の範囲に関連付けて国賠法上の違法性が認められた事例

—大阪市ワンコインタクシー訴訟第1次訴訟・第2次訴訟の比較検討—

(大阪地判平成19年3月14日判タ1252号189頁・

大阪地判平成21年9月25日判時2071号20頁、判タ1323号134頁)

日 野 辰 哉

【事実の概要】

原告は、大阪市を中心とする事業区域で一般旅客自動車運送事業（以下「タクシー事業」）を個人で経営している事業者であり、平成14年11月26日に近畿運輸局長に対して、当該事業区域では最安値となる初乗運賃480円そして5000円を超える金額について5割引の遠距離割引運賃とする旅客の運賃及び料金（以下「⁽¹⁾運賃」とする）の変更認可申請をした。平成16年2月13日付で、近畿運輸局長は、本件認可申請について道路運送法第9条の3第2項3号に適合しないことを理由に却下処分を行った。原告は、本件却下処分には理由付記の不備等の手続法上の違法、及び、道路運送法第9条の3第2項3号に適合しないとした判断に裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用した実体法上の違法があるとして、却下処分の取消しの訴えとともに、上記申請に応じて運賃変更認可処分をすべき旨を命じるよう求める義務付けの訴えを大阪地方地裁判所に提起した。大阪地裁は、取消請求についてのみ訴えを認容する一方で（行訴法37条の3第6項前段）、義務付け請求については「請求に理由があるか否かについての判断に必要な主張、立証が尽くされていない」等として訴訟手続を中止し（行訴法37条の3第6項後段）、その後、この判決は確定した。本件は、同判決を受けて近畿運輸局長が再審査を行った上で、再度、申請却下処分を行った（平成20年2月27日付）こ

(1) 運賃とは、運送サービスを給付することの対価と解されている。森田朗『許認可行政と官僚制』（岩波書店、1988年）285頁注(20)参照。

とにつき、前訴原告が、改めて大阪地裁に対して却下処分の取消しを求めるとともに、国賠法 1 条 1 項に基づく慰謝料の支払いを求めて、前訴の一部判決後に残された義務付けの訴えに追加的に併合提起した事案である。本件訴えに対して大阪地裁は、却下処分の取消し、及び、運賃変更認可の義務付けを命じるとともに、国賠請求の一部についても請求を認容した。

【判旨】

1. 第 1 次訴訟

(1) 近畿運輸局長の裁量権

「以上によれば、(現行) 道路運送法 9 条の 3 第 2 項 3 号にいう「他の一般旅客自動車運送事業者との間に不当な競争を引き起こすこととなるおそれ」とは、他の一般旅客自動車運送事業者との間において過労運転の常態化等により輸送の安全の確保を損なうことになるような旅客の運賃及び料金の不当な値下げ競争を引き起こす具体的なおそれをいうものと解するのが相当であり、そのようなおそれのある運賃等に該当するか否かについては、当該運賃等が能率的な経営の下における適正な原価、すなわち、個々の一般乗用旅客自動車運送事業者がその事業を運営するのに十分な能率を発揮して合理的な経営をしている場合において必要とされる原価を下回るものであるか否かという観点のほか、当該事業者の市場での位置付け、当該運賃等を設定した意図等を総合的に勘案して判断すべきであるところ、このような判断は、専門的、技術的な知識経験及び公益上の判断を必要とするものであるから、同号の基準に適合するか否かの判断については、国土交通大臣及びその権限の委任を受けた地方運輸局長にある程度の裁量権が認められるものと解される。」

(2) 下限割れ運賃の設定が道路運送法 9 条の 3 第 2 項 3 号に適合するか否かの判断基準

「以上説示したところからすれば、このような運賃等の申請が同項 3 号にいう「他の一般旅客自動車運送事業者との間に不当な競争を引き起こすこととなるおそれがないものであること」の基準に適合するか否かについては、当該申請に係る運賃等の額の運賃査定額からのかい離の程度、当該申請に係る運賃等が当該申請者がその事業を運営するのに十分な能率を発揮して合理的な経営をしている場合において必要とされる原価（能率的な経営の下における適正な原価）を下回るものであるか否か、下回るものであるとすればその程度、当該申請に係る当該申請者の運転者一人当たり平均給与額（添付書類に基づくもの）と標準人件費（原価計算対象事業者の運転者一人当たりの平均給与月額平均の額）とのかい離の程度に加えて、当該運賃適用地域の立地条件、規模（都市部か地方部か、人口密集地域か否

か、当該地域における他の公共交通機関の事業展開の内容、態様等）、当該運賃適用地域における市場の構造、特性等（タクシー事業者の構成（大規模法人による寡占状態か中小規模の事業者を中心とする構造か等）、タクシー事業の営業形態（流し営業が中心か車庫待ち営業が中心か等）、利用者の利用の実態（近距離利用か遠距離利用か、配車利用か否か等）、当該地域において設定されている運賃及び料金の内容、態様等）、当該申請者の種別（いわゆる法人タクシーか個人タクシーか等）、企業規模、営業形態、運転者の賃金構造等、当該地域における需給事情（供給過剰地域か否か、供給過剰の程度等）、運転者の賃金水準、一般的な経済情勢、距離制運賃の初乗運賃を500円とする運賃ないし5000円を超える金額について5割引の遠距離割引運賃とする運賃といった低額運賃の認可を受けた事業者のその後の営業実績の推移、売上高に占める割合、利用者の利用の状況、当該運賃の設定に対する他の事業者の対応、追従状況など当該認可が当該区域の市場に及ぼした影響の内容、態様、程度等を総合勘案した上、当該申請を認可することにより他の一般旅客自動車運送事業者との間において過労運転の常態化等により輸送の安全の確保を損なうことになるような旅客の運賃及び料金の不当な値下げ競争を引き起こす具体的なおそれがあるか否かを社会通念に従って判断すべきである。」

（3）行訴法37条の3第5項の適合性

「ところで、法令に基づく申請に対し当該処分をするか否かの判断……についての根拠となる法令の規定により行政庁に裁量権が認められている場合において、当該申請を却下し又は棄却する旨の処分をした行政庁の判断が裁量権の範囲を超え又はその濫用となると認められるときであっても、そのことから直ちに、当該申請に対し行政庁が当該処分をしないことがその裁量権の範囲を超え又はその濫用となると認められるものではなく、行政事件訴訟法37条の3第5項に基づきその処分をすべき旨を命ずる判決をするためには、少なくとも事実審の口頭弁論終結時において、当該申請に対し行政庁が当該処分をしないことがその裁量権の範囲を超え又はその濫用となると認められることが必要である。」

（4）行訴法37条の3第6項前段の適合性

i 「もっとも、当該義務付けの訴えによって求められている処分等について行政庁に裁量権が認められている場合においても、当該処分等に係る申請等を却下し又は棄却する旨の処分が理由の提示等の手続要件を欠くことを理由に違法とされことや、当該申請却下処分等が行政庁において考慮すべき事項を考慮せずにされたものであるため裁量権の範囲を超え又はその濫用があったものとされるようなこともあり得るところである。前記改正後の行政事件訴訟法は、このような場合についても、裁判所において当該義務付けの訴えに係る請求の理由の有無、すなわち、行政庁がその義務付けの訴えに係る処分等をしないことがその裁量権

の範囲を超え又はその濫用となると認められるか否かについての審理、判断をすることを予定しているものといえることができるが、行政庁が当該申請の却下処分等をするに当たり当該義務付けの訴えによって求められている処分等の要件について必要かつ十分な調査、判断をしていないと考えられるから、当該処分等に係る判断がその性質上高度の専門性、技術性を有するような場合などは、当該義務付けの訴えに係る請求に理由があるか否かについての審理に時間を要し、また、事柄の性質上当該訴訟手続において判断に必要な主張、立証が尽くされることを期待することができないことも少なくないものと考えられるところである。」

ii 「この点、行政事件訴訟法37条の3第6項は、裁判所は、審理の状況その他の事情を考慮して、同条3項各号に定める訴え……についてのみ終局判決をすることがより迅速な争訟の解決に資すると認めるときは、当該訴えについてのみ終局判決をすることができる旨規定している。この規定の趣旨は、申請却下処分等の取消訴訟等が判決をするのに熟しているにもかかわらず義務付けの訴えに係る請求に理由があるか否かについての審理を続けた場合、当該義務付けの訴えに係る処分等の内容の専門性、技術性等のため審理が遅延し迅速かつ適切な救済が得られない場合が考えられることから、同条4項の規定の例外として、取消訴訟等についてのみ終局判決をすることができるとしたものと解される。」

2. 第2次訴訟

(1) 国家賠償請求における違法性

「国賠法1条1項は、国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背して当該国民に損害を加えたときに、国又は公共団体がこれを賠償する責任を負うことを規定するものであり、ある行政処分がその根拠法規の定める要件を欠くなどして違法であるとしても、そのことから直ちに国賠法1条1項にいう違法があったとの評価を受けるものではなく、行政庁が資料を収集し、これに基づき事実を認定し、処分要件に該当するか否かを判断する上において、職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然と処分したと認め得るような事情がある場合にはじめて、国賠法1条1項にいう違法があったとの評価を受けるものと解される（最判平成5年3月11日民集47巻4号2863頁参照）。」

(2) 前訴確定判決の拘束力と国賠法上の違法性

i 「ところで、前判決は、考慮すべき事情を考慮していないことなど近畿運輸局長の判断には裁量権の逸脱又は濫用があるとして、本件却下処分を取り消すこととしたものであるが、前判決の段階で主張立証されていた事情のみでは、当該申請を認可することにより他の一般旅客自動車運送事業者との間において過労

運転の常態化等により輸送の安全の確保を損なうことになるような旅客の運賃及び料金の不当な値下げ競争を引き起こす具体的なおそれが認められないということも、その説示内容から明らかである。そうすると、近畿運輸局長は、取消判決の拘束力（行訴法33条1項、2項）に照らし、前判決の趣旨に従って、本件却下処分において考慮されていなかった事情等につきすみやかに必要な調査、検討を行った上で、新たに考慮した事情を中心として、上記具体的なおその有無を社会通念に従って判断することが求められていたのであり、これは近畿運輸局長において通常尽くすべき注意義務の内容をなすものというべきである。」

ii 「以上の観点から本件についてみると、前述のとおり、前判決が本件却下処分において考慮されていないとして指摘した事情や、本件却下処分後の事実関係の変動等をみても、上記具体的なおそれを裏付けるに足りるような事情は見当たらないのであり、にもかかわらず、近畿運輸局長は、個人タクシー事業者の person 件費を標準人件費の9割をもって査定するという不合理な基準によった上、それに基づく収支率が100パーセントを下回るという点になお相当重きを置いて（前判決においても、上記基準に基づいて査定された収支率にかかわらず、本件申請に係る運賃が能率的な経営の下における適正な原価を償わないものであると即断することはできないとされていたのであるから、この点を上記具体的なおそれを裏付ける中心的な根拠となし得ないことは明らかである。）、再度、その裁量権の範囲を逸脱し又は濫用して違法に本件再却下処分をしたものである。しかも、前述のとおり、近畿運輸局長において、本件申請に係る運賃が、法人タクシー事業者において認可されていない運賃であり、初乗運賃500円という従前の最低額ラインを割り込む運賃であることといった重視すべきでない事情をことさら重視しているとみられることも考え併せれば、近畿運輸局長が再度裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用してした本件再却下処分は、前判決の趣旨に沿わないものであることはもとより、原告に対し職務上尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然とされたものと評価せざるを得ず、国賠法上も違法であるというほかはない。」

【評釈】

1. 本判決の意義

平成16年に行訴法が改正されたことにより、義務付け訴訟が法定化され（行訴法37条の3第3項によれば、義務付けの訴えを提起する場合には、取消請求または不作為違法確認請求を併合提起することが要件とされている。）、以後、情報公開法や入管法、児童福祉法といった複数の行政分野において、義務付けの訴えが提起され、その中の幾つかは請求認容判決が言い渡されている。もっとも、一度目の訴え提起について、裁判所が取消請求だけを認容し、行訴法37条の3第6項に基づき義

務付けの訴えに係る訴訟手続を中止し、当該行政庁に事案を差し戻し、二度目の訴えの提起でようやく義務付けの訴えを認めるといった事例は、本件（以下、特に断らない限り、二つの判決の対象となった事件を指して「本件」とする。）が初めてである。よって、タクシー運賃の変更認可申請が、道路運送法 9 条の 3 第 2 項 3 号に定める認可基準に該当するか否かという同一の法的争点を取扱う連続する二つの判決を評釈するという形をとりながら、専門技術的な行政判断が介在する事案の法的処理のあり方、即ち、義務付け判決に熟していない事案についての行訴法 37 条の 3 第 6 項の解釈、及び、判決効（特に確定判決の拘束力）の客観的範囲と国賠法上の違法性との関連についての若干の考察を行うことが、本稿の目的である。本件の後訴では、専門技術的判断を含む（要件）裁量権の行使について注目すべき司法判断が提示されているが、こちらは別稿（『弘前大学人文学部紀要 社会科学篇』28 号（2012 年））で扱う予定である。

II. 本判決の分析と検討

1. 取消訴訟の機能にみる行政と司法の役割分担

第 1 次訴訟において裁判所は、取消請求を認容するも義務付け請求については審理に熟していないとして、訴訟当事者の同意を得た上で義務付けの訴えに関する手続を中止する一方で、確定判決の拘束力により、事案を差戻された行政庁の

(2) 南博方・高橋滋編『条解 行政事件訴訟法 第 3 版補訂』（有斐閣、2009 年）637 頁以下〔間史恵〕、石崎誠也「社会福祉行政上の処分と義務付け訴訟の機能」法時 79 卷 9 号（2007 年）22 頁以下に記載の裁判例のほか、和歌山地判平成 22 年 12 月 17 日 LEX/DB 文献番号：25464353。本件と同様に、複数の処分発動要件が規定されている情報公開・個人情報保護法領域において、義務付けを命じた下級審判決として、さいたま地判平成 18 年 4 月 26 日判例自治 303 号 46 頁、大阪地判平成 19 年 1 月 30 日 LEX/DB 文献番号：28130441、名古屋地判平成 20 年 1 月 31 日判タ 1284 号 210 頁、横浜地判平成 22 年 3 月 17 日判例自治 336 号 77 頁。また、同様の構造の規定をもつ温泉法上の採掘許可について、名古屋高金沢支判平成 21 年 8 月 19 日判タ 1311 号 95 頁。

(3) 大阪地判平成 19 年 3 月 14 日判タ 1252 号 189 頁。太田幸夫「判批」別冊判タ 22 号（2008 年）312 頁。

(4) 長崎地判平成 20 年 11 月 10 日判時 2058 号 42 頁が 2 例目である。山本敬生「判批」自研 87 卷 4 号（2011 年）118 頁。

(5) 大阪地判平成 21 年 9 月 25 日の評釈として、友岡史仁「判批」『速報判例解説 vol.7』（日本評論社、2010 年）49 頁がある。

(6) 道路運送法の仕組み全体の中での運賃認可制度の位置付け、および、前掲注（3）の裁判例を素材にした認可基準適合性の判断枠組みについて、日野辰哉「経済行政における公的規制のあり方—競争促進と安全確保の行政手法」岡田正則・首藤重幸編『佐藤英善先生古希記念論文集 経済行政法の理論』（日本評論社、2010 年）33 頁以下参照。

審査を方向付け、紛争の迅速な解決を目指した。ところが、当該事案は再び申請却下処分という結果となったため、前訴義務付けの訴えに取消請求を併合請求するという変則的な形で、ボールが裁判所に投げ返されている。こうした行政過程と司法過程との間のキャッチボールのあり方については、大きく分けて二つの考え方が存在した。即ち、裁判所は、当該事案について、可能な限り実体審理を行い紛争の一回的解決を図るべきであるという考え方と、「行政過程の公正な手続遵守と、行政判断の恣意・独善の有無を行政判断の資料に即して監視するという立場に徹して、裁判所が積極的な審理を⁽⁷⁾展開⁽⁸⁾」しつつも、終局的な紛争の解決は行政の手に委ねるべきという考え方である。

この二つの考え方のいずれを選択するべきかが問われる紛争類型の一つが、本件で問題となった申請に対する拒否処分の取消訴訟であった。この紛争類型では、必然的に、行政過程と司法過程との連関を意識した議論が交わされることになる。理由付記と訴訟における処分理由の差替えとの関係、訴訟物からみた処分理由の差替えの可否、判決の拘束力の理論的定位の仕方、反復禁止効の根拠・法的性質について等、論点は多岐にわたっていた。こうした状況に一石を投じたのが、義務付け訴訟の法定である⁽¹⁰⁾。本件は、裁判所が、法定された申請型義務付け訴訟に熟さないと判断し、より迅速な紛争解決のために、取消訴訟の違法性確認機能⁽¹¹⁾の限界をさぐりつつ行政過程に方向性を与えようとした事例であったという点において、まさに、司法と行政の間の応答の連関性、ないし、役割分担のあり方⁽¹²⁾が問われていたといえよう。

2. 行訴法37条の3第6項をめぐる紛争の一回的解決と行政の専門的判断

(1) 行訴法30条と行訴法37条の3第5項の「一義性」

義務付け訴訟が法定化される以前では、訴えを許容する要件の一つとして、「一義性」または「一義的明白性」の有無が要求されると解されていたが、平成⁽¹³⁾

(7) 原田尚彦「行政過程と司法審査」同『訴えの利益』（弘文堂、1973年）191頁。

(8) 小早川光郎『行政法講義 下II』（弘文堂、2005年）206頁。

(9) 処分理由の差替えは、処分理由の追完と区別されることもあるが、本稿ではこの語を、両概念を含む意味で用いる。交告尚史「理由の追加と差替え」法教263号（2002年）30頁。

(10) これらの問題について包括的に研究したものとして、興津征雄『違法は正と判決効 行政訴訟の機能と構造』（弘文堂、2010年）1頁以下。

(11) 芝池義一「抗告訴訟と法律関係訴訟」磯部力・小早川光郎・芝池義一編『行政法の新構想 III』（有斐閣、2008年）36頁～41頁。

(12) 興津・前掲注（10）71頁～76頁、281頁～284頁。

(13) 塩野宏「無名抗告訴訟の問題点」鈴木忠一・三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟講座（9）』（日本評論社、1983年）113頁。

16年の行訴法改正により、訴訟要件ではなく本案要件として「一義性」が位置付けられ、法的拘束が一義的であることが求められた。このため、要件事実の適用に際して行政裁量が認められる場合、具体的事案に照らして裁量の余地がなくなり、法的にみて羈束された状態であることは要求されているが、法的拘束⁽¹⁴⁾の一義性が一見して「明白」であることまでをも要求されるものではなくなった。⁽¹⁵⁾

第1次訴訟大阪地裁判決において、裁判所は、申請却下処分⁽¹⁶⁾の本案審理において、被告行政庁の法解釈とは異なる運賃認可基準の法解釈を示し、当該基準適合性についての行政裁量の行使のあり方について、《判旨》1—(1)で示すように、能率的な経営に必要な原価を下回るか否かの観点の他に、当該事業者の市場の中での位置付けや運賃設定の意図等の総合判断義務を行政庁に課し、更には、《判旨》1—(2)にあるように、「具体的なおそれ」を判断するための具体的な考慮事項を示した。このため、行政庁は、裁判所が示した考慮事項を処分時に判断していないことが明らかとなった。裁判所は、結果として、当該却下処分の違法性を認容しているわけだが、このことは、行政裁量を含む行政の判断過程に違法性が認められるとする判決の特徴として指摘されているように、行政庁による再度の却下処分が絶対的に否定されているわけではなく、判示された考慮事項を踏まえて改め調査・審査を行った上で、なお、従前の処分と同じ結論に至る余地が残されている。このように、取消請求が認容される場合であっても、事案を差戻された行政庁に裁量の余地が認められる場合には、取消請求認容が直ちに義務付け請求認容とはならないことは明白である。即ち、行訴法37条の3第5項にいう「一義的」ではないことはいうまでもない。それ故、「少なくとも事実審の口頭弁論終結時」の主張、立証状態に基づく限り、行訴法37条の3第5項の要件を満たしていないという裁判所の判断は妥当であったと考えられる。⁽¹⁷⁾

(14) 小早川光郎編『ジュリスト増刊 改正行政事件訴訟法研究』(有斐閣、2005年)131頁〔村田斉志〕。発言内容は、非申請型義務付け訴訟についてのものだが、申請型義務付け訴訟にも同様の議論が成立し得る。

(15) 小早川光郎・高橋滋編『詳解 改正行政事件訴訟法』(第一法規、2004年)37頁〔橋本博之〕。

(16) 森田寛二「行政処分の“内容”面に対するコントロール見地—“処分の存立＝絶対的許否型”コントロールと“処分時理由づけの内容＝照準型”コントロール—」法学51巻5号(1987年)1頁(5頁～6頁)。

(17) 小林久起『行政事件訴訟法』(商事法務、2004年)166頁では、遅くとも事実審の口頭弁論終結時において、裁量権の範囲を超え若しくはその濫用と認められる状態であると認められる必要がある旨が記述されているが、必ずしも当該事案の特殊性を考慮に容れる必要性を認めない趣旨ではないように思われる。

(2) 行訴法37条の3第6項：「審理の状況その他の事情を考慮して」

申請型義務付け訴訟を提起する場合、行訴法は、事案に応じて、不作為違法確認訴訟、取消訴訟若しくは無効確認訴訟の併合提起を訴訟要件として要求している。そして、併合して提起された義務付けの訴えと取消訴訟等の訴えに係る弁論と裁判は、分離せずに行うとも規定されている（行訴法37条の3第4項）。裁判所は、審理の状況その他の事情を踏まえて、併合提起された訴えのうち義務付け訴訟以外の訴訟についてのみ終局判決することが、迅速な争訟の解決に資すると判断した場合、この訴訟について終局判決を言い渡すことができる。そして、義務付け訴訟について、裁判所は、当事者の意見を聴いた上で、判決をした取消訴訟等の訴えに係る手続が完結するまでの間、いわば裁判所の裁量判断に基づいて、義務付け訴訟に係る手続を中止することができることとなる。⁽¹⁸⁾

紛争の迅速な解決を行うためにこの規定を用いることは、一見、もっともなことのように見えるが、これが多用されると義務付け訴訟の機能する範囲が不当に狭められるおそれもあることから、いかなる場合にこの規定が活用されるのか、論者の関心を呼んでいた。⁽²⁰⁾⁽²¹⁾ 即ち、行訴法が定める「審理の状況その他の事情」とはどの範囲の事柄を指すのか、という論点である。換言すると、当該規定の解釈適用に関する裁判所の裁量判断をいかに適正なものにするのかということになる。⁽²²⁾ 裁判所は、個別事案ごとに、争訟の全体的な見通しを立てた上で、行政

(18) 小早川編・前掲注(14)138頁〔鶴岡稔彦〕。

(19) もっとも、本件では、取消訴訟に係る訴訟手続が完結した後でも、なお、義務付け訴訟に係る訴訟手続の審理中断を継続し、再度の申請却下処分⁽²⁰⁾の取消訴訟は、中断中の義務付け訴訟に併合提起するという方法が採用されており、行訴法37条の3第6項の新たな可能性を示している。太田・前掲注(3)313頁、南・高橋編・前掲注(2)656頁〔間史恵〕参照。

(20) 他方で、そのまま放置していれば活用されない規定となるという心配から、そもそも、この規定をいかなる場合に活用できるのかということにも関心があったようである。

(21) この制度を、係争事件が争点を輻輳的に抱えている場合にそれを整理した上で確定した取消判決を通じて、行政手続における事案の調査・審査の余地を開く趣旨であるという積極的な見方もなされていた。山本隆司「訴訟類型・行政行為・法関係」民商130巻4・5号（2004年）73頁参照。この制度について、より包括的な検討を行うものとして、山本隆司「義務付け訴訟と仮の義務付け・差止めの活用のために（上）」自研81巻4号（2005年）90頁～96頁。

(22) 「規律としての処分」という観念を認めることによって、行政過程と裁判過程を一貫する行政庁の公益実現責務が強調されることになるが、同時に、裁判過程においても、ある程度のフリーハンドを獲得した裁判官による権限行使のあり方が問われることになる。とはいえ、総体としてみた場合、裁判官もこの公益実現責務を負っていると言えよう。大貫裕之「行政訴訟における審判の対象と判決の効力」磯部力・小早川光郎・芝池義一編『行政法の新構想 III』（有斐閣、2008年）140頁や米田雅宏「取消訴訟における証明責任—訴訟の審理

庁の専門技術的な裁量判断が求められる行政処分⁽²³⁾の義務付けの訴えについて、なお相当の時間を要すると判断した場合に、この規定の適用が求められる、というのが多数の論者に共通する見解のようである。

この点について、第1次訴訟大阪地裁は、当該規定の解釈・適用に関する注目すべき判断を示している。即ち、「本件義務付けの訴えについては、当該訴えに係る請求に理由があるか否かについての判断に必要かつ十分な主張、立証が尽くされていないところ、本件義務付けの訴えについて審理を続けた場合、本件認可申請に対する判断の専門性、技術性等や立証の困難等のためその審理が遅延し、迅速かつ適切な救済が得られないおそれがあると考えられる。また、現在の主張、立証状態に基づいて本件義務付けの訴えに係る請求を棄却する旨の判決をするのが本件却下処分に関する紛争の迅速かつ適切な解決に資するということもできない。他方で、国土交通大臣ないしその権限の委任を受けた近畿運輸局長は、……専門的、技術的な知識経験を有し、判断の基礎となる事情に精通しているものと考えられる。」と判示していることが注目される。

まず、被告行政庁側の事情について検討する。取消請求の審理において裁判所により指摘された考慮事項について、行政庁は必要かつ十分な調査を行っていない。従って、行政庁が事実状況を再調査した上でいかなる処分をすべきかの決定を行うために必要な時間的経過を無視することはできないであろう。行政庁がこれまで取扱ったことのない運賃設定(480円)を内容とする事案の審査には相当の慎重さ(取消訴訟の審理の段階で確定したことに依拠したとしても、なお、異なる二つの結論があり得ることも無視できない)が求められる。また、本件のように、当該市場において競争を一層促進させる可能性のある事案は、多様な利害関係者(法人タクシー事業者、事業者団体、タクシー運転者、労働組合、消費者)の利益に係わるため、訴訟当事者としての行政庁による一方的かつ暫定的な判断が訴訟で提示されることが果たして、紛争の適切な解決に資するののかという問題もある。一方で、原告私人の側の事情はどうであろうか。裁判所による実体審理が相当進行している中で、再度の行政庁による新たな主張提示を認めることが、口頭弁論における原告の防御権行使を形骸化させることが懸念される。以上の、訴訟当事者

過程から」法教360号(2010年)25頁において指摘の問題意識が参考になる。

(23) 福井秀夫・村田斉志・越智敏裕『逐条解説とQ&A 新行政事件訴訟法』(新日本法規、2004年)149頁～150頁〔村田斉志〕。他に、小林・前掲注(17)171頁、小早川編・前掲注(14)138頁～139頁参照。市村陽典・越智敏裕・福井秀夫・深山卓也・阿部泰隆「新行政事件訴訟法の解釈」判タ1147号(2004年)31頁～32頁。

(24) 交告尚史『処分理由と取消訴訟』(頸草書房、2000年)150頁。小早川・前掲注(8)205頁は、攻撃防御方法の提出時期について規律する民訴法156～157条の2が行政訴訟にも及

双方の事情に鑑みて、処分理由の再提示を認めることで得られる紛争の一回的解決というメリットを犠牲にしてでも、取消判決の拘束力を通じて、行政過程がより適切に運用されることに期待すべき事案であると言えよう。本件のように、申請者以外に多くの利害関係者が存在する事案の対処については、法定された手続（道運88条の2の運輸審議会への諮問、同法89条の利害関係人等の意見聴取）を履践しつつ、一定の専門能力を備え、かつ、（運賃認可処分の附款の一つとして、道運94条1項の輸送実績の報告義務等により）継続して市場を監視する事情に通じた行政庁が主宰する行政過程に事案の解決を期待すべきであると思われる。また、仮に取消請求を認容し、義務付け請求を棄却する旨の判決が言い渡された場合、原告が控訴することも可能性として考えられ、裁判所が示した法解釈に従った行政判断がなされずに、訴訟が継続する⁽²⁵⁾ことが懸念される。確かにこれは紛争の迅速な解決に資するとは言えないであろう。それゆえ、本件については、取消判決の拘束力によって行政庁による調査および審査を方向付け、より迅速な紛争の解決に期待した大阪地裁の判断は妥当であった⁽²⁶⁾と考える。

また、本件の前訴において裁判所は、取消請求に関する審理において、単に請求認容とするのではなく、判決確定後に案件が行政庁に差戻された際に、紛争の迅速な解決に資するよう行政判断をできるだけ方向付けるために、実体判断に敢えて立ち入る形での請求認容を行っている点が注目される（後述する前訴判旨部分①～②⁽²⁷⁾）。実際のところ、被告行政庁は、手続法上の瑕疵（理由付記の不十分さ）や法解釈上の過誤を犯しており、そのことだけでも十分に行政処分の違法性が認められたはずであるが、敢えて、裁量権行使に際して考慮すべき事項を列挙し、事実認定の口頭弁論終結時の事実状態を踏まえた行政判断の違法性を指摘している（このことの当否は3-(1)及び(3)で検討する⁽²⁸⁾）。こうした配慮なしに安易に行訴法37条の3第6項を適用した場合、本件の第2次訴訟で問題となった実体判断のかなり手前の段階で従前と同じ却下処分がなされるおそれが十分にあり、それは迅

ぶとする。

(25) 石崎誠也「申請拒否処分における処分理由の追加・変更について」新潟37卷1号（2004年）29頁も、行政の判断過程に過誤があり、実体要件の存否について行政庁が再度調査すべき場合には、行訴法37条の3第6項を適用すべき旨を述べる。

(26) 交告尚史「訴訟類型と判決態様」ジュリ1263号（2004年）59頁は、行訴法37条の3第6項を援用して言渡された取消判決の機能を指して、「指令判決類似の機能」と指摘する。村上裕章『行政訴訟の基礎理論』（有斐閣、2007年）311頁参照。

(27) 市村・越智・福井・深山・阿部・前掲注（23）32頁〔深山卓也〕。

(28) 小早川・前掲注（8）頁205頁～206頁は、複数の違法事由が主張されている場合、裁判所がどの範囲で、または、いかなる順序で審理すべきかについて一切の規律のない旨指摘する。

速な紛争処理とはほど遠くなってしまうことになる。その意味で、当該条項の運用という点から見て、本件第 1 次訴訟における裁判所による実体審理は一定程度評価することができる。

3. 判決効の客観的範囲と国賠法上の違法性

(1) 義務付け判決に熟さないケースにおける取消訴訟の審理のあり方

国賠法 1 条責任の成立要件の一つ、違法性についての本件における判断枠組みは、学説による批判はあるものの⁽²⁹⁾、しかし、裁判実務では通例となっている「職務行為基準説」に拠って立っている。このことは、その本来の生誕地を離れ、より広い行政法領域への適用可能性を示唆する最高裁判例を引用していることにも表れている(《判旨》2—(I))。

先述したように、前訴では処分発動要件の一つに行政裁量が認められ、要件認定における判断過程の過誤を理由とする取消判決が確定したために、事案を差戻された行政庁は、指令判決さながらの拘束力を受けた。さらに、これに続く後訴で、差戻し後の再度の却下処分に関する国賠責任が争われ、前訴判決の拘束力が国賠法上の違法性判断の中心的要素と解されたことが、本件後訴の特徴の一つである。

ここでいう判決の拘束力とは、一般的には「判決の趣旨に従」うものとされており(行訴33条 1 項、2 項)、その趣旨は、当該判決の趣旨に従って違法状態の是正のために必要な措置を行政庁にとらせること(積極的作為義務)⁽³¹⁾、および、同一

(29) 宇賀克也『国家補償法』(有斐閣、1997年)54頁～68頁。西埜章『国家補償法概説』(勤草書房、2008年)47頁～50頁、北村和生『国家賠償における違法と過失』宇賀克也・小早川光郎・芝池義一編『ジュリスト増刊 行政法の争点 第3版』(有斐閣、2004年)78頁、久保茂樹『行政法判例と学説』公法66号(2004年)218頁。職務行為基準説に一定の理論的正当性を認め、「行為不法」と「結果違法」の区別に拠りながら、公権力発動要件欠如説を批判的に分析したものとして、神橋一彦『「職務行為基準説」に関する理論的考察—行政救済法における違法性・再論』立教80号(2010年)1頁以下、高木光『行政法入門 ⑤』自治実務セミナー50巻4号(2011年)4頁以下参照。

(30) 最判平成5年3月11日民集47巻4号2863頁。井上繁規・最判解民平成5年度(1996年)368頁、北村和生『判批』別冊ジュリ182号(2006年)452頁。小早川光郎『課税処分と国家賠償』稲葉馨・亙理格編『藤田宙靖博士 東北大学退職記念 行政法の思考様式』(青林書院、2008年)421頁以下では、本件の理論的な含意(重層的な職務行為規範の存在)について示唆に富む検討を行っている。

(31) 行政庁の再審査義務を超えて、より積極的作為義務があるか否かについては、議論がある。稲葉馨・人見剛・村上裕章・前田雅子『行政法 第2版』(有斐閣、2010年)236頁～238頁、神橋一彦『行政救済法 第4版』(信山社、2009年)136頁～139頁、塩野『行政法 II 第5版』(有斐閣、2010年)188頁～190頁。

事情の下で同一理由による同一処分の繰返しを禁止することにある（確定判決の⁽³²⁾反復禁止効）。後者の行政庁に対する消極的義務が、国賠法上の違法性判断の鍵となっている。そこで、本件における第一次訴訟においていかなる「趣旨」が述べられているかを確認する必要がある。

まず、裁判所は、道路運送法9条の3第2項3号について《判旨》1—(1)で示したように「具体的なおそれ」の有無が争点となるとの解釈を示し、被告の主張（平年度の収支率が100%に満たない本件申請が採算割れと評価され、同号違反であるとのみ主張）には見られない、法的観点（即ち、能率的経営における原価基準の外に、事業者の市場における位置付け、申請者の運賃設定の意図等）を指摘する（法解釈違反）⁽³⁴⁾（a）。その上で、自動認可運賃を下回る、いわゆる「下限割れ運賃」が当該運賃基準に該当するか否かについて、《判旨》1—(2)で示したように「具体的なおそれ」を判断するための考慮事項を並列的に列举し、その総合考慮義務を判示している（b）。即ち、考慮すべき事項を考慮しなかった等の、いわゆる他事考慮・考慮遺脱定式が示されるに止まり、適示された考慮事項間の重み付けについての判断は示されていない（過大考慮・過小考慮定式の不採用⁽³⁵⁾）。申請却下処分の取消訴訟であれば、上記（a）又は（b）において、当該処分の違法性を認定し請求認容とすることができるはずであるが、本件では義務付け訴訟が併合提起されているためなのか、裁判所は更に、踏み込んだ審理を行う。

即ち、第一次訴訟において、大阪地裁は、能率的な経営の下における適正な原価を下回るものであるか否かについて、処分時以降（平成17年12月前後）の事実を踏まえて、初乗運賃500円とする事業者を継続的な監視下に置きつつも、道路運送法9条の3第2項3号に適合するとの確証を得られていなかった事情や平年度における人件費に関し、行政庁が主張する基準ではなく申請内容にある人件費を前提として審査基準公示に従って収支率を査定すれば100%を超えること等を根拠に、「事業を運営するのに十分な能率を発揮して合理的な経営をしている場合において必要とされる原価を償わないものであると即断することはできない。」との判断を示す（①）。更に、大阪市域での事業者間の競争が激しいことを認定しながらも、平成17年12月末時点の大阪市域の状況等を踏まえて、個人タクシー

(32) 反復禁止効の法構造については、種々の議論がなされているが、異なる事実状況のもとで同一の理由による同一処分の繰返しはその範囲外の論点である。興津・前掲注（10）21頁～29頁参照。

(33) 原田尚彦「取消判決の拘束力」ジュリ925号（1989年）210頁。

(34) 改正道路運送法における運賃認可制、特に、自動認可運賃制とその運用について、日野・前掲注（6）34頁～40頁、阿部泰隆「判批」別冊ジュリ199号（2010年）278頁。

(35) 仲野武志「判批」判時1956号（2007年）178頁。

事業者数が全車両数に占める割合(約21%)や、初乗運賃を500円とする運賃について認可を受けた事業者数が261者にとどまっていたこと(個人タクシー事業者総数が4454者)、却下処分がなされた時点で、5000円を超える金額について5割引の遠距離割引運賃とする運賃について認可を受けた事業者も少なからずいたことを理由として、原告の申請内容が不当な値下げ競争を引き起こす「具体的なおそれがあると直ちに推認することができない」と判示した⁽³⁶⁾(②)。そして、裁判所は、結論として、「これらの事情(《判旨》1—(2)に示された考慮事項：著者注)をしんしゃく」せず(③)に、本件認可申請に係る運賃額の平年度における収支率が82.49%と運賃査定額を下回るものと評価し(④)、更に、初乗り540円以下の運賃について1年間の期限を付して推移を監視する運用が既になされたこと(⑤)、及び、初乗り500円を下回る運賃は法人タクシー運賃では(ですら?)存在しないこと(⑥)を根拠とした本件却下処分を、裁量権の範囲を超え又はその濫用があった認定し、当該処分の違法性を認定した。

このうち判旨①②については、複数の問題が重疊的に存在している。一つは違法判断の基準時に関連している。判旨でも認定されたように、申請却下処分の時点で、行政庁は④～⑥を根拠として却下処分をしているが、取消訴訟では更に、裁判所が指摘した法的観点に沿った行政判断の適否について審理が行われており、これは行政庁による処分理由の差替えがあったことを推測させるものである(①②)。もっとも、通常の処分理由の差替えとは、処分時の事実状況、及び、法律を前提として、処分の同一性が損なわれない範囲で、当該処分の適法性が維持される事実ないし法的根拠を主張するものである。本件ではこれと異なり、行政は、処分時には存在しない事実(本件却下処分は平成16年2月13日付けであり、判旨では平成17年12月末時点の事実が指摘されている⁽³⁷⁾)に基づいて裁判所が判示した法解釈に沿うように主張を再構成していると解される。それ故、取消訴訟における違法判断の基準時に関する議論を前提とすると、上記のような理由の差替えは許されず、裁判所はこの主張についての審理を行うことができないこととなる。

他方で、本件は、取消訴訟と申請型義務付け訴訟とが併合提起された事案であり、理論的にみれば、この併合は単純併合ということになるが、原告の主たる訴えは、明らかに申請型義務付けの訴えである。そのため裁判所は、原告のかよう

(36) 大阪地判平成19年3月14日・前掲注(3)217頁～218頁。

(37) 小早川・前掲注(8)212頁～213頁では、処分を根拠づける要件が差替えられることで、本来、処分の根拠付けのために必要とされる調査・検討が省略される旨述べられている。

(38) 大阪地判平成19年3月14日・前掲注(3)216頁～218頁。

(39) 新堂幸司『新民事訴訟法 第4版』(弘文堂、2008年)709頁～710頁。

な請求の趣旨に沿うように、取消判決のなかでどれだけ行政庁に対して「指示」すべきなのかが問われることとなる。そうであるとすれば、取消判決の判決理由において、差替えられた処分理由についてまで裁判所の判断を示したことの意図が理解できる。即ち、義務付け訴訟における違法判断の基準時は、口頭弁論終結時とされているため、結果的には、義務付けの訴えに熟さないという理由で手続の進行が中止されたものの、義務付けの訴えに関する審理において、裁判所の指摘に従って再構成された処分理由について一定程度形成された裁判所の判断が、判決理由の中で示される必要性があったと考えることができる⁽⁴⁰⁾。仮にそうであったとすれば、義務付け判決に熟さない事案において一定程度に形成された裁判所の判断は、判決理由中のどの部分に記載するのかという問題でもあるようであるが、これは現在の筆者の手に余る問題である。

処分理由の差替えの可否をめぐる⁽⁴¹⁾は、紛争の一回的解決を重視する立場と法律で規定された理由付記を重視する立場との間で議論が行われ、また、行政庁に課せられる事案調査義務・真実発見義務はなお訴訟においても継続するという観点からの議論⁽⁴³⁾も加わり、論争はなお錯綜している感がある。しかし、共通する地盤があることも見逃せない。それは、行政過程と司法過程と一つの事案の解決をめぐる一連のプロセスと捉えるというものである（紛争の一回的解決を重視する立場は行政過程と司法過程との連続性を重視し、理由付記を重視する立場は行政過程と司

(40) 通説では、取消訴訟の訴訟物は係争処分の違法性であり、他方、義務付け訴訟は原告の請求権の有無と考えられている。後者は前者を包含すると考えられているため、行訴法37条の第3項は「弁論及び裁判は、分離しないでしなければならない」と定めている。従って、まず、原則として取消事由の存否から審理が開始され、取消事由についての心証が形成された上で、「一義性」についての審理を行う、というように訴訟が連続的に進行すると考えられる。この一義性の審理の段階で、行政庁は新たな主張を行うことを求められる。南・高橋編・前掲注(2) 654頁～655頁〔間史恵〕、市村陽典「行政事件訴訟法の改正と訴訟実務」ひろば57巻10号(2004年) 27頁。

(41) 最判昭和53年9月19日判時911号99頁。とりわけ、最判平成11年11月19日民集53巻8号1862頁において、最高裁は、不開示決定に付記される理由と異なる処分理由を訴訟において差替えることを認めた。石崎・前掲注(25) 1頁以下(4頁)。

(42) 野村武司「情報公開訴訟における処分理由の追加」法時73巻3号(2001年) 88頁は、開示請求者の不服申立手続におけるインカメラ審理への権利の存在、および、実施機関以外の者が対象文書を見ることができない情報公開において、理由付記制度の重要性が他に比して重いことを理由に批判する。兼子は、申請拒否処分と不利益処分とを分けて考察し、前者については、処分理由提示義務を重視するため、原告私人が同意する限りで、処分理由の差替えを認める。兼子仁『行政法学』(岩波書店、1997年) 187頁～188頁。

(43) 塩野宏・前掲注(31) 175頁～178頁。小早川・前掲注(8) 221頁～222頁、225頁～227頁。

法過程との不連続性を重視する⁽⁴⁵⁾。従って、処分理由の差替えに関する議論は、この共通の地盤において、行政に課せられている諸々の義務をどう理解するかという点で見解を異にしているといえる。これらの議論を踏まえると、本件前訴における裁判所の試み(判旨①②)は、処分理由の差替えをめぐるかような議論を、裁判所の視点から捉え直したものと見ることもできるように思われる。

加えて、判旨①②については、判決の拘束力の範囲がどこまで及ぶのかという論点も係わっている。これは後段(3)で若干の検討を行うこととする。

(2) 後訴における具体的な違法性判断の検討

後訴において裁判所は、①に関連して、前訴判決において適示された考慮事項について重み付けがなされているという理解のもと、判決の拘束力に違反した行政判断がなされたことを国賠法上の違法成立の根拠の一つとしている(《判旨》2—(2)—ii カッコ書部分)。しかし、①では「即断することができない」というに止まっているのであり、差戻し後、行政庁が、新たに事実関係を調査・検討し、結果的に、前訴において疑わしいとした当該事実状況の法的評価をより確かなものであると判断し、なお同一処分を反復する有力な根拠とすることまでをも否定するものではない。従って、《判旨》2—(2)—ii カッコ書部分でいう「具体的なおそれを裏付ける中心的な根拠となし得ないことは明らか」とはいえない。

次に、差戻し後の行政の判断過程と国賠法上の違法判断との関連についてである。裁判所は、個人タクシー事業者の人件費を標準人件費の9割とする運賃査定基準の不合理性を指摘し(a)、申請運賃額の平年度における収支率が100%を下回ることに「なお相当重きを置き」たこと(b)、初乗運賃500円という従前の最低額ラインを割り込むといった重視すべきでない事情を殊更に重視したこと(c)を説示し、その国賠法上の違法性を認定している。しかし、これらの説示部分からは、前訴における取消判決の判旨と後訴におけるそれとの混濁があったのではないかとの疑問が生じる。

まず、(a)については、当該運賃査定基準の不合理性は、本件後訴における法的評価であり(その意味では、客観的にみて違法な基準ではあったかもしれないが)、前訴において審理の対象とはなっていない。それゆえ、却下処分がなされた時点では、判決の拘束力の範囲外であった。更には、当該基準の瑕疵が重大明白⁽⁴⁶⁾、又は、重大であるとまではいえないであろうから、差戻し後の行政庁は、国

(44) 小早川光郎「調査・処分・証明—取消訴訟における証明責任問題の一考察」成田頼明他編『雄川一郎先生献呈論集 行政法の諸問題 中巻』(有斐閣、1990年)266頁～269頁以下。

(45) 交告・前掲注(24)135頁～139頁。

(46) 一般抽象的な法規をより具体化する審査基準は通達・訓令という形式で定められることになるが、当該通達は、法規の画一的な処理を目的としており、基本的には、当該行政処分

賠法上の違法性評価に限定すれば、当該査定基準に従って申請運賃額を査定することに何ら問題はないことになる。次の、(b) (c) はいずれも、義務的考慮事項の重み付けをめぐる過誤を指摘しているが、前訴判旨において、こうした考慮事項間の重み付けはなされておらず、後訴判旨のなかで、(b) (c) についての裁判所の判断が示されている。それ故、この判断部分も、前訴における取消判決の理由と後訴におけるそれとの混濁があったと評価せざるを得ない。以上の検討は、職務行為基準説にたつ違法性とは、「職務上尽くすべき注意義務」であり、抗告訴訟における違法性とは直ちに同一のものではないという立場からの検討・評価であり、その立場からすれば、本件後訴における国賠法上の違法性の判断は、職務行為基準説からも逸脱していると評価せざるを得ない。⁽⁴⁷⁾

但し、次のような理解もあり得る。即ち、差戻し後に事案を調査・検討した行政庁が、前訴判決の趣旨を踏まえた審査を行ったものの、従前の最低額ラインである500円を過度に重視した結果 (c)、審査は単なる形式にながれ、行政に課せられた個別事情考慮義務を怠り結論を歪める（おそれのある）こと、または、結

を規律対象としている。但し、この通達・訓令は、職務命令への転換を条件として、下級行政機関＝公務員に対する法的拘束力を有するため（国公§98①、地公§32）、当該通達・訓令に違反した公務員は、職務命令違反を理由とする懲戒処分を課されるおそれがある（国公82条1項2号、地公29条1項2号）。法令に違反する内部基準に直面する公務員は、法令に従うべきか、上司の命令に従うべきか二律背反の立場におかれる。結果論としてではなく、当該基準を適用する時点における当該公務員の行為の適否を問題とする場合、伝統的な通説は、二つの要請を調整するために、指揮命令の瑕疵が重大明白であることを求めている。最判昭和53年11月14日判タ375号73頁は、勤務評定規則の重大明白な瑕疵を否定した原審（東京高判昭和49年5月8日行集25巻5号373頁）の判断につき、違法はないと判示した。藤田宙靖『行政組織法』（有斐閣、2005年）83頁～85頁、301頁～303頁、及び、中村博『国家公務員法』（第一法規出版、1976年）503頁～505頁参照。通達・訓令と受命行政機関を担当する公務員との関係については、平岡久『行政立法と行政基準』（有斐閣、1995年）182頁～188頁。近年の議論については、村上博「職務命令と服従義務」宇賀克也・小早川光郎・芝池義一編『行政法の争点 第3版』（有斐閣、2004年）174頁以下。

(47) 大阪地判平成17年6月24日判タ1222号163頁は、非公開決定の取消判決が確定したにもかかわらず異なる不開示事由を理由とする同一処分が、拘束力違反を理由に取り消される一方で、第1次訴訟において主張・立証等を尽くさなかったことにやむを得ない事情がある場合、「客観的に明らかな事実関係に依拠して、これに第1次訴訟上告審判決の判示した法理を適用して、本件非公開部分を非公開とすることが第1次訴訟の上告審判決の判旨に適合するものであって、第1次訴訟の取消判決の拘束力に反しないとした判断をしたとしても、そのことには相応の根拠があったというべき」として、職務上通常尽くすべき注意義務を尽くさなかったとは認めず、違法性を否定した。

(48) 小早川光郎『行政法講義 下Ⅰ』（弘文堂、2002年）25頁。交告尚史「個別審査と画一的処理—フランスの行政判例に見る裁量統制の側面（1）（2）（3・完）」自研60巻12号

論ありきで調査・検討を形骸化させたことを非難する趣旨であったと解すれば、⁽⁴⁹⁾ いわれるところの職務行為基準説からみても、違法性を認定することが可能であるように思われる。こうした理解に立つと、判旨であえて前訴判決の拘束力に言及、ないし強調する必要はなく、単に差戻し後の行政庁に課せられた行為規範⁽⁵⁰⁾ (個別事情考慮義務) 違反に言及するべきではなかったか、との疑問は残る。しかし、後訴における裁判所の本来の趣旨は、本稿冒頭でも述べた、同一事案をめぐる行政と司法との応答的連関を明確に意識した前訴判決の意向を十分くみ取る中で、国賠法上の違法判断を行おうすることにあったのではないだろうか。

(3) 確定判決に認められる拘束力の客観的範囲

次に、拘束力が判示事項のどの範囲において認められるのかについて検討する。まず、前訴において、裁判所は、③～④に言及しながら、行政の判断過程における違法性を取消事由の一つとして指摘しながら取消判決を言い渡した。即ち、裁判所が示した義務的考慮事項(裁量の考慮事項も含まれている可能性も否定できない⁽⁵¹⁾)を考慮しなかったこと、及び、事実状況についてのやや疑わしい法的評価を基礎として運賃認可基準に適合しないとした行政判断が違法であることを指摘する。行政処分の違法性について、事実状況についての「やや疑わしい法的評価」をもって判決の基礎とできるかには大いに疑問があることから、判決の根拠は、もう一つの理由、即ち、義務的考慮事項を考慮しなかったことであったと解される。従って、事実状況についての疑わしい法的評価に関する説示部分は傍論と位置づけられることとなる。後訴において裁判所は、この傍論が考慮事項の重み付けを行っているとの理解を示しているが(《判旨》2-(2)-ii カッコ書)、果たして、この傍論部分は判決効、即ち、拘束力の及ぶ範囲といえるのであろうか。

学説は、その範囲を「主文に含まれる判断を導くための不可欠な理由中の判

(1984年) 132頁、61巻3号(1985年) 129頁、61巻4号(1985年) 134頁、大貫裕之「事案の特殊事情審査義務について—フランスにおける裁量統制の一側面(1)(2・完)」自研64巻10号(1988年) 112頁、64巻11号(1988年) 100頁以下。

(49) 交告尚史「許可の凍結—将来予測に基づく行政裁量の行使に関する一考察—」神戸商科大学・商大論集41巻4・5号(1990年) 150頁～151頁。

(50) 神橋・前掲注(29) 7頁～12頁、17頁は、取消訴訟における行政処分の違法性が行政過程の結果としての行政処分が権限規範に抵触するか否かを問題とするのに対して、国賠法上の違法性は、行政処分という意思決定がなされるプロセスに係る公務員それぞれに課せられた職務上の行為規範違反を問題とするとの認識を示し、両者は単純に統一できないとの指摘を行う。その上で、神橋は、不法行為法からの借用概念とは異なる「行為不法」と「結果違法」との対比の中で上記の議論を位置付けている。

(51) 芝池義一「行政決定における考慮事項」論叢116巻1=6号(1985年) 573頁。

断」とし、「法的判断のみならず事実認定にも及ぶが、判決の結論と直接に関係しない傍論や要件事実を認定する過程にける間接事実⁽⁵²⁾についての認定」は範囲外とすることで大方の一致が見られるようである。

ところで、当該事項については、特許法をめぐる紛争解決の中で、最高裁が一定の判断を示している。即ち、最高裁は、特許無効審判事件についての審決取消訴訟において取消判決が確定した場合、行訴法33条1項の規定が適用されるとし、「この拘束力は、判決主文が導き出されるのに必要な事実認定及び法律判断にわたるものであるから、審判官は取消判決の右認定判断に抵触する認定判断をすることは許されない。」と判示した。^{(53) (54)} 以上の学説・判例を前提とすると、判決効の客観的範囲に関する後訴裁判所の認識は誤っているといえる。⁽⁵⁵⁾ このため、考慮事項の重み付けに関する職務上の注意義務違反の存在はその論拠を失っており、この点から見ても、判決効を軸とした国賠法上の違法性の存在は認められないこととなる。また、前訴において裁判所は、差戻し後の行政庁の判断過程における裁量権行使を限定しより迅速な紛争解決に資するために、あえて踏み込んだ判断を示したが、拘束力の客観的範囲を超えていたことから、取消訴訟の審理・判決のあり方から見ると、やや勇み足の感があったとの評価になる（中断された

(52) 宇賀克也『行政法概説 II 第3版』（有斐閣、2011年）263頁。同旨、阿部泰隆『行政法解釈学 II』（有斐閣、2009年）262頁以下、芝池義一『行政救済法講義 第3版』（有斐閣、2006年）101頁、藤田宙靖『行政法 I 第4版改訂版』（青林書院、2005年）458頁、園部逸夫編『注解 行政事件訴訟法』（有斐閣、1989年）429頁～430頁（村上敬一）、塩野・前掲注（31）187頁、小早川・前掲注（8）223頁。

(53) 最判平成4年4月28日民集46巻4号245頁『高速旋回式バレル研磨法』。高林龍「判解」最判解民平成4年度（1995年）145頁、古沢博「判批」ジュリ1024号（1993年）261頁。

(54) 大阪地判平成17年6月24日・前掲注（47）169頁は、行訴法改正前の事案であるが、『高速旋回式バレル研磨法』を引用しつつ、「その性質上、当該取消判決に係る訴訟の審理経過ないし当事者の具体的主張、立証状況等によって拘束力の生じる範囲が左右されるものではないと解するのが相当である。」として、取消判決の拘束力違反を理由に再度の非公開決定を取り消した。太田幸夫「判批」判タ1245号（2007年）279頁。

(55) 村上・前掲注（26）268頁以下で、高速旋回式バレル研磨法事件等を素材に、行訴法一般の取消判決の拘束力と審決取消訴訟におけるそれとの比較がなされている。

(56) 民事訴訟さながらの特許無効審判等を前審手続にもつ審決取消訴訟は、審理範囲・争点が厳しく限定されている点で、通常の行政処分取消訴訟とは構造が異なる。また、具体的事案をめぐる拘束力の及ぶ範囲は、行訴法における通説的理解のように一概に決せられない。よって、高速旋回式バレル研磨法事件最高裁判決が、一般性を有する判断であるのかにはなお疑問が残る。今後の検討課題としたい。塩月周平「判批」別冊ジュリ170号（2004年）120頁、高林龍『特許法 第3版』（有斐閣、2008年）242頁～252頁。審決取消訴訟における取消事由主張制限について中山信弘『特許法』（弘文堂、2010年）274頁～281頁、大淵哲也『特許審決取消訴訟基本構造論』（有斐閣、2003年）401頁～424頁。

義務付け訴訟の審理・判決のあり方からは別の評価もあり得よう⁽⁵⁷⁾。

III. まとめ

以上の検討から、次のことがいえる。前訴において、行訴法37条の3第5項の一義性に関する裁判所の判断、及び、行訴法37条の3第2項6号前段を適用するとした裁判所の判断は妥当である。また、後訴における国賠法上の責任に関して、違法性を認定した根拠付けについては複数の問題点があり、よって、前訴判決の拘束力を重視した行為規範違反があったとの理解に立てば、国賠責任を認めることは支持できないが、単に結論先取りの行政運用を非難する趣旨であったと解すれば、理由づけにやや難はあるものの、国賠請求を認めた結論を支持することができる。もっとも、本件は、取消訴訟と義務付け訴訟が併合提起されている事案における審理・判決のあり方等について、多くの示唆を含んでいる点でも意義のある下級審判決といえ、他方で、当該規定の運用に関する先例がないなかでの裁判所の努力には大いに敬意を払うものである。

【付記】本稿は「弘前大学若手研究者支援事業」による研究成果の一部である。

【追記】本稿脱稿後に本件控訴審（大坂高判平成22年9月9日判時2108号21頁、東條吉純「判批」ジュリ1421号（2011年）109頁）に接した。控訴審は、取消請求につき、近畿運輸局長に不当な意図がなかった旨を判示する等して請求棄却し、それと連動させて国賠請求も棄却している。また、取消請求における違法性判断の基準時について、口頭弁論終結時点の新たな事実が、処分時における事実関係（主要事実）を立証するための間接事実該当する場合、処分時に見られない新たな事実の援用は可能であるとの判断を示した。控訴審判決が未公表の段階では、神橋一彦教授のご厚意により判決文を目にすることができた。記して謝意を申し上げたい。

なお、本稿校正中に、横田明美「判批」自研87巻6号112頁に接した。また、国賠法1条の違法性に関連して、宇賀克也「公権力発動要件欠如説について」自治実務セミナー50巻6号（2011年）28頁が公表されており、今後の議論の動向が注目される。

(57) 塩月周平「第二次審決取消訴訟からみた第一次審決取消判決の拘束力」永井紀昭・安江邦治・岩崎幸邦編『秋吉稔先生喜寿記念論文集 知的財産権—その形成と保護』（新日本法規出版、2002年）103頁。